

Aktuelle Problemfelder des Krankenhausrechts - Förderverzicht

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Grundlagen der Krankenhausfinanzierung.....	3
III. Krankenhausplanung	3
1. Plankrankenhäuser	4
2. Nicht-Plankrankenhäuser	4
IV. Verfassungsrechtliche Überlegungen	5
V. Krankenhausförderung	5
1. aus bundesrechtlicher Sicht	6
2. aus landesrechtlicher Sicht.....	6
3. Teilweise Förderung	6
4. Förderverzicht	7
a) Gedankenspiel.....	7
b) Folgen	7
c) Ergebnis	9

I. Einleitung

Während lange Zeit die sog. monistische Förderung – v.a. durch private Selbstzahler – in den Krankenhäusern praktiziert worden ist, änderte sich dieses System im Jahre 1972 in eine duale Finanzierung um.¹ Grundlegende Ansicht hierfür ist, dass die Finanzierung von Krankenhäusern eine öffentliche Aufgabe ist.² Dass dieses System allerdings i.R.d. Investitionsförderungsauftrags der Länder dieser Aufgabe nicht in dem Maße nachkommt, zeigt der Rückgang der Investitionsförderung im bundesweiten Durchschnitt gegenüber dem Jahr 1991 von etwa 50%.³ Auch die Veränderung des § 8 KHG – zum Abbau des investiven Nachholbedarfs durch Einsatz von privatem Kapital insb. in den neuen Bundesländern und gleichzeitige Entlastung der öffentlichen Haushalte – durch das Gesundheitsstrukturgesetz (1992), der nun ausdrücklich eine teilweise Förderung mit Restfinanzierung möglich macht (§

¹ *Kamp/Nayebagha in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht* 1. Aufl., Kommentar, § 9 Rn. 1.

² BT-Drs. 6/3082, 1.

³ Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, Stand: März 2017, S. 73; *Dettling/Gerlach in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht* 2. Aufl., Kommentar, Einleitung Rn. 52f.

8 Abs. 1 S. 2 KHG) und wieder mehr in eine monistische Förderungsrichtung lenkt,⁴ konnte an der Situation nichts ändern.⁵ Denn nach dem aktuellen „Krankenhaus Rating Report“ (2017) befinden sich rund 9% der Krankenhäuser im „roten Bereich“ mit erhöhter Insolvenzgefahr sowie weitere 12% im „gelben Bereich“.⁶ Vielmehr scheint der Gesetzgeber dem Transitivitätsaxiom⁷ immer mehr abzuweichen und sich vom ursprünglichen Ziel bedarfsgerechter Versorgung der Bevölkerung durch leistungsfähigere Krankenhäuser, die wirtschaftlich gesichert sind, zu entfernen.⁸ Dass hierdurch der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern steigt und damit zu einem (nicht erwünschten) wirtschaftlichen Druck sowie zu Sparmaßnahmen in Bereichen, die nicht unmittelbar zu den Erlösen eines Krankenhauses beitragen (z.B. Pflege), führt,⁹ widerspricht ohnehin dem Zweck der Versorgung der Bevölkerung mit notwendigen stationären Leistungen als Teil des Sozialstaates nach Art. 20 Abs. 1 GG,¹⁰ nach dem sowohl die Finanzierung durch Krankenkassen und der Länder als auch der Krankenhausplan ausgerichtet werden müssen.¹¹ Folglich fehlt gerade den Patientinnen und Patienten letztlich die Transparenz, ob für ihre Behandlung ausschließlich medizinische Indikationen oder nicht auch ökonomische Motive ausschlaggebend waren bzw. sind.¹² Wenngleich sie darauf vertrauen können sollten, dass dem Schutz der Gesundheit als Grundaufgabe des Staates¹³ Vorrang vor den wirtschaftlichen Freiheiten zukommt.¹⁴ Dabei ist bei einer jährlichen Förderlücke von mindestens 2,6 Mrd. Euro¹⁵ (fast) schon logische Konsequenz, dass mittlerweile Restfinanzierungen i.S.d. § 8 Abs. 1 S. 2 KHG angesichts der knappen Kassen und zur Stärkung der Selbstverwaltung der Krankenhäuser bundesweit verbreitet sind.¹⁶ Hieraus ergibt sich dann wiederum aber auch, dass sog. Fördermittelverzichte durch vertragliche Vereinbarung zwischen einem Krankenhausträger und der Bewilligungsbehörde mit dem Ziel der Refinanzierung von Investitionsmitteln über den

⁴ Vgl. *Würtenberger/Altschwager* in *Dettling/Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 2. Aufl., Kommentar, § 8 Rn. 10.

⁵ BT-Drs. 560/92, 156f.

⁶ *Augurzky, Boris* u.a. (2017): Krankenhaus Rating Report 2017, Heidelberg.

⁷ *Dettling/Würtenberger* in *Dettling/ Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 25ff.

⁸ *Dettling/Würtenberger* in *Dettling/Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 41.

⁹ BT-Drs. 18/6537, 2.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 57, 70 (99, juris-Rn. 92).

¹¹ BT-Drs. 18/6326, 1.

¹² Ebda.

¹³ Vgl. EuGH Urt. v. 11.06.2009 – C-300/07 – Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik/ AOK Rheinland/ Hamburg, Slg. 2009, I-4779, Rn. 50.

¹⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 07.03.1989 – 215/87 – Schumacher, Slg. 1989, 617, Rn. 17; Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 – Deutscher Apothekerverband, Slg. 2003, I-14887, Rn. 103; Urt. v. 16.05.2006 – C-372/04 – Watts, Slg. 2006, I-4325, Rn. 61f., 72ff., 120; Urt. v. 19.05.2009 – C-171/07 und C-172/07 – Saarländische Apothekerkammer, Slg. 2009, I-4171, Rn. 19 und 27; Urt. v. 29.03.2012 – C-185/10 – Kommission/ Polen, Rn. 38 und 47ff.; Urt. v. 19.04.2012 – C-221/10 P – Artedogan, Rn. 99; Urt. v. 21.06.2012 – C84/11 – Susisalo, Rn. 28.

¹⁵ *Augurzky, Boris* u.a. (2017): Krankenhaus Rating Report 2017, Heidelberg.

¹⁶ Vgl. *Würtenberger/Altschwager* in *Dettling/Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 2. Aufl., Kommentar, § 8 Rn. 11.

Pflegesatz nicht zulässig sind;¹⁷ dabei wird es in der Praxis aber ohne Rechtsverstoß möglich sein, eine sehr niedrige Förderung zu vereinbaren (zumindest mehr als 0%).¹⁸

II. Grundlagen der Krankenhausfinanzierung

Auf Basis des Leitgedankens, dass die (wirtschaftliche Sicherung der) Krankenhausversorgung der Bevölkerung eine öffentliche Aufgabe ist¹⁹ und jeder Bürger Anspruch auf eine solche hat, die den gesicherten Erkenntnissen der Medizin und modernen Möglichkeiten für die Wiederherstellung von Gesundheit und Leistungsfähigkeit entspricht,²⁰ wurde mit Einführung der dualen Finanzierung²¹ die Verantwortung des Staates für die Finanzierung des Gesundheitswesens und damit auch der Krankenhäuser bekräftigt.²² Im Ergebnis sollte die öffentliche Förderung zu zwei Dritteln durch die Länder und einem Drittel durch den Bund getragen werden;²³ während die von den Krankenkassen zu entrichtenden Pflegesätze die Benutzungskosten abdecken.²⁴ Zur Umsetzung dieser gesamtstaatlichen Verantwortung stellt die Krankenhausplanung das entscheidende Instrument dar.²⁵

III. Krankenhausplanung

Als Grundlage für eine umfassende staatliche Investitionslenkung im Krankenhauswesen dient die Krankenhausplanung besonders der bedarfsgerechten Krankenversorgung zu sozial tragbaren Pflegesätzen.²⁶ Ein solcher Krankenhausplan wird als Binnenrecht der Verwaltung²⁷ zur Verwirklichung der in § 1 KHG genannten Ziele von jedem Bundesland aufgestellt und entfaltet erst über den Feststellungsbescheid Rechtswirkungen gegenüber den Betroffenen.²⁸ Über die Aufnahme in den Krankenhausplan auf Grundlage des § 8 Abs. 2 S. 2 KHG

¹⁷ *Jabornegg/Resch/Seewald*, Planung und Finanzierung der Krankenhausbehandlung, S. 65., mit Verweis auf: *Bruckenberg E.*, Investitionsoffensive für Krankenhäuser?, Hannover 2002, 26.; *Ernst Bruckenberg*, Die Folgen des Fallpauschalengesetzes für die Krankenhausfinanzierung, S. 2. (http://www.bruckenberg.de/doc/planung/fpg_aufsatz/fpg_fin.pdf, Stand: 26.09.2017).

¹⁸ *Dietz/Quaas/Stollmann* in PdK Bu H-10, KHG, 59. Lfg. 2017, § 8, 5. Teilweise Förderung der Höhe nach.

¹⁹ Vgl. erstmals das sog. „Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz“ vom 22.12.1981, BGBl. I 1568.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 5/3515, 4.

²¹ BGBl. I 1009.

²² *Dettling/Gerlach* in *Dettling/Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 2. Aufl., Kommentar, Einleitung Rn. 49.

²³ BT-Drs. 5/1874, Vorblatt; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, Kommentar, 23.

²⁴ *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, Kommentar, 24.

²⁵ Vgl. *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, Köln 2006, S. 20.

²⁶ Vgl. ebda. S. 22.

²⁷ BVerwGE 62, 86 (95); 72, 38 (44); 82, 209 (211).

²⁸ BeckOK SozR/Kingreen/Bogan SGB V § 109 Rn. 28.

entscheidet die jeweilige Landesbehörde. Der Krankenhausplan muss eine Krankenhauszielplanung, eine Bedarfsanalyse, eine Krankenhausanalyse und eine Versorgungsentscheidung beinhalten.²⁹ Für letztere hat sich ein zweistufiges Verfahren³⁰ etabliert, das zunächst alle Krankenhäuser ermittelt, die die Kriterien qualitativ hochwertige, patientengerechte Versorgung, Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit erfüllen.³¹ Sodann haben in der ersten Planungsstufe – mangels Überschreiten der benötigten im Verhältnis zu vorhandenen Krankenhausbetten – die betreffenden Krankenhäuser einen Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan;³² ansonsten bedarf es in einer zweiten Planungsstufe einer Auswahl zwischen mehreren bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhäusern.³³ Letztlich wird die Aufnahme in den Plan mittels Feststellungsbescheid, der nach § 8 Abs. 1 S. 3 KHG ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ist, wirksam.³⁴ Dieser Bescheid hat – anders als der Krankenhausplan – *per se* Außenwirkung.³⁵

1. Plankrankenhäuser

Plankrankenhäuser sind insgesamt oder in Teilen als bedarfsgerecht in den Krankenhausplan aufgenommen³⁶ und somit zur Behandlung von Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen und Ersatzkassen nach §§ 108 Nr. 2, 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V zugelassen; sie haben Anspruch auf Förderung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG.

2. Nicht-Plankrankenhäuser

Hierzu zählen alldiejenigen Krankenhäuser, die als nicht bedarfsgerecht i.R.d. § 109 III 1 Nr. 2 SGB V im Zusammenhang mit den §§ 108ff. SGB V und dem KHG eingestuft werden³⁷ und somit nicht in den Krankenhausplan aufgenommen sind. Für teilweise in den Krankenhausplan

²⁹ BVerwGE 72, 38 (46); *Rasche-Sutmeier* GesR 2004, 272 (273); *Quaas* in *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Aufl., § 26 Rn. 425ff.

³⁰ BVerwGE 72, 38 (46); *Kuhla* NZS 2007, 567 (568f.).

³¹ BeckOK SozR/*Kingreen/Bogan* SGB V § 109 Rn. 33ff..

³² BVerfGE 82, 209 (226); 83, 363 (388).

³³ BVerwGE 72, 38 (51).

³⁴ WD 9 – 3000 – 039/14, Ausarbeitung: die Herausnahmen von Krankenhäusern aus dem Krankenhausplan eines Landes, S. 4; *Becker/Kingreen/Becker* SGB V § 108 Rn. 6.

³⁵ Ebda.

³⁶ *Dietz/Quaas/Stollmann* in PdK Bu H-10, KHG, 59. Lfg. 2017, § 8 VII, Plankrankenhäuser.

³⁷ BSG, Urteil vom 20.11.1996 – 3 RJ 7/96 (LSG Bad-Württ. Urteil 10.05.1996 L 4 Kr 2301/95).

aufgenommene Krankenhäuser gilt § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, wonach eine Förderung nur für die Betten gilt, die tatsächlich Teil des Krankenhausplans sind.³⁸

IV. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Die Krankenhausversorgung stellt einen „unverzichtbaren Teil der Gesundheitsversorgung“ dar.³⁹ Dementsprechend kommen dieser – nicht nur in Anbetracht des Höchststrangs von Leben und Gesundheit in der Wertordnung des GG –⁴⁰ vor allem sich aus der aus Art. 2 Abs. 2 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen⁴¹ und somit auch bereits das Risiko der Erkrankung zu minimieren,⁴² Vorrang vor finanziellen Interessen zu.⁴³ Die Bedeutung der Krankenhausversorgung überwiegt sogar die durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit für Nicht-Plankrankenhäuser, indem bedarfsgerechte Krankenversorgung und sozial tragbare Krankenhauskosten durch ein wirtschaftlich gesundes Krankenhauswesen dies rechtfertigen.⁴⁴ Vielmehr soll schließlich auch der Zugang zur Krankenhausversorgung i.R.d. sozialstaatlichen Verpflichtung gem. Art. 20 Abs. 1 GG für alle Bürger möglichst gleich sein⁴⁵ und dementsprechend für alle quantitativ und qualitativ hochwertige stationäre Versorgungseinrichtungen zur Verfügung stehen.⁴⁶

V. Krankenhaushförderung

Während die Investitionskosten nach § 2 Nrn. 2 und 3 KHG gemäß den bundesrechtlichen Vorgaben und näheren Bestimmungen durch Landesgesetz von den Ländern öffentlich gefördert werden (vgl. § 4 Nr. 1 KHG), erhalten die Krankenhäuser zur Deckung ihrer

³⁸ Vgl. *Dietz/Quaas/Stollmann* in *PdK Bu H-10, KHG*, 59. Lfg. 2017, § 10 II, Plankrankenhäuser.

³⁹ BVerfG Beschl. v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, juris-Rn. 82.

⁴⁰ Vgl. BVerfG Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 1 (41f.); Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (45); Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 (139 und 152).

⁴¹ Vgl. BVerfG Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 1 (41f.); Beschl. v. 14.01.1982 – 1 BvR 612/72, 56, 54 (78); Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317 (356); Beschl. v. 26.02.2010 – 1 BvR 1541/09, NJW 2010, 1943.

⁴² Vgl. BVerfG Beschl. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186, juris-Rn. 171.

⁴³ Vgl. etwa BVerfG Beschl. v. 11.02.1992 – 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, 248, juris-Rn. 56; Beschl. v. 22.05.1996 – 1 BvR 744/88, 1 BvR 60/89, 1 BvR 1519/91, BVerfGE 94, 372, juris-Rn. 88.

⁴⁴ BVerfG Beschl. v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209 (224, 229ff.).

⁴⁵ *Merten* in: *Schulin*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, München 1994, § 5 Rn. 25.

⁴⁶ *Genzel* in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002, § 84 Rn. 4; vgl. *Burgi/Maier*, Kompetenzfragen der Krankenhausplanung: Vom Bundesstaat zum Kassenstaat?, DÖV 2000, S. 579, 581.

Betriebskosten (sowie ggf. auch für Investitionskosten, vor- und nachstationäre Behandlung, ambulantes Operieren) Erlöse aus den Pflegesätzen i.S.d. §§ 2 Nr. 4, 4 Nr. 2, 16ff. KHG.⁴⁷

1. Aus bundesrechtlicher Sicht

Für die Aufnahme in den Krankenhausplan ist ein Feststellungsbescheid gemäß Bundesrecht nötig, wohingegen bei Aufnahme in das Investitionsprogramm ein solcher prinzipiell nicht vorgeschrieben ist – wenngleich ein landesrechtlich geforderter Bescheid nach § 11 Abs. 1 KHG notwendig sein kann.⁴⁸

2. Aus landesrechtlicher Sicht

Zur Förderung von Plankrankenhäusern sind in den länderspezifischen Krankenhausgesetzen Vorschriften enthalten, die die diesbezüglichen Fördertatbestände wiedergeben.⁴⁹

3. Teilweise Förderung

Eine teilweise Förderung mit Restfinanzierung gestattet § 8 Abs. 1 S. 2 KHG ausdrücklich; dieser hat zur Folge, dass zum einen – im Gegensatz zu voll geförderten Krankenhäusern – Investitionskosten im Pflegesatz zu berücksichtigen sind (§ 17 Abs. 5 S. 1 KHG)⁵⁰ und zum anderen aber konsequent zwischen einer teilweise geförderten Investition und einem teilgeförderten Krankenhaus als solches differenziert werden muss.⁵¹ § 8 Abs. 1 S. 2 KHG bezieht sich dabei eindeutig auf die teilweise Förderung eines Investitionsvorhabens.

⁴⁷ *Stollmann*: Grundlagen des Rechts der Krankenhausplanung und der Krankenhausförderung, NSZ 2004, 356f.

⁴⁸ *Würtenberger/Altschwager* in *Dettling/Gerlach*, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 8 Rn. 36.

⁴⁹ Vgl. §§ 10ff. LKHG BW; Art. 9ff. BayKrG; §§ 4ff. LKG Berlin; §§ 15ff. LKGBbg; §§ 8ff. BremKHG; §§ 16, 19ff. HmbKHG; §§ 20, 23ff. HKHG; §§ 26, 28ff. LKHG M-V; §§ 4ff. Nds.KHG; §§ 10ff. KHG NRW; §§ 11ff. LKG Rh.-Pf.; §§ 10f., 15ff. SKHG; §§ 8ff. SächsKHG; §§ 4ff. KHG LSA; §§ 5ff. AG-KHG-SH; §§ 8ff. ThürKHG.

⁵⁰ Vgl. OVG Lüneburg Beschl. V. 08.07.2008 – 13 LA 4/08, KRS 08 060, juris-Rn. 8.

⁵¹ *Dietz/Quaas/Stollmann* in *PdK Bu H-10*, KHG, 59. Lfg. 2017, § 8 VII, Teilgefördertes Krankenhaus – teilweise geförderte Investition.

4. Förderverzicht

Zu betrachten sind Krankenhäuser, die nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG sowohl in den Krankenhausplan als auch betreffend Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in das Investitionsprogramm aufgenommen sind, aber auf den gesetzlichen Anspruch auf Förderung verzichten.

a) Gedankenspiel

Angenommen ein Krankenhaus, das Teil des Krankenhausplanes eines Bundeslandes ist, verzichte auf jegliche Fördermittel; dann müsste dieses Krankenhaus – zum einen um die Bedarfsmäßigkeit weiterhin i.S.d. Ansprüche an Krankenhäuser des Krankenhausplanes und zum anderen um seine eigene Wirtschaftlichkeit und damit Existenz zu gewährleisten – zwangsläufig (andere) Investoren finden.

b) Folgen

Wenngleich dadurch die länderspezifischen Förderungsprobleme teilweise umgangen werden können und der Staat somit hinsichtlich der sich selbst „wirtschaftenden“ Krankenhäuser finanziell entlastet wird, hat dies doch (weitreichende) Konsequenzen, die im Einzelnen näher beschrieben werden:

aa) Wettbewerbsverzerrung

Das Privileg des Krankenhausplanes bei eigener Wirtschaftlichkeit des Krankenhauses bindet dieses zwar an gewisse Richtlinien aus dem länderindividuellen Plan, macht dieses aber auch als Folge der eigenständigen Finanzierung davon unabhängig. Die staatlichen Vorteile aus dem Plan und anderweitige Beihilfen werden teilweise als nicht vertretbare Wettbewerbsvorteile und nach EU-Recht unzulässige Beihilfen angesehen.⁵² Hierbei ist aber wiederum daran zu denken, dass zwar auf der einen Seite Vorteile gegenüber den durch die Länder geförderten Krankenhäusern bestehen können, auf der anderen Seite aber – mangels ausreichender Investoren und damit Fördergelder – die Wirtschaftlichkeit als unbedingter Existenzfaktor des Krankenhauses einen übergeordneten Stellen im Versorgungssystem

⁵² Vgl. Prütting in Huster/Kaltenborn: Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Krankenhausfinanzierung, Rn. 47.

einnimmt und dies wiederum dem Grundgedanken und der Zielhierarchie⁵³ des historischen Gesetzgebers widerspricht⁵⁴.

bb) (Un-)Abhängigkeit

Die Freiheiten, die sich für Krankenhäuser mit privaten Investoren ergeben können, sind weitreichend: Zum einen ist der freiwillige Verzicht auf einen Teil bzw. auch die gesamte Förderung u.a. auch deswegen (teilweise) gängige Praxis, um überhaupt eine zeitgerechte Förderung als Krankenhausträger gewährleisten zu können.⁵⁵ Zum anderen können Investitionsvorhaben prinzipiell unabhängig von Finanzierungsweisungen des Landes i.R.d. Fördermittelbewilligung umgesetzt werden. Jedoch gilt zu bedenken, dass somit aber unweigerlich eine Abhängigkeit zu den (potentiellen) Investoren entsteht und damit der staatliche Sicherstellungsauftrag der bedarfsgerechten Gesundheitsversorgung⁵⁶ zu Teilen automatisch privatisiert wird. Denn die Krankenhausplanung und die damit verbundene potentielle Förderung aufgenommener Krankenhäuser dient auch einer umfassenden staatlichen Investitionslenkung, sodass Krankenhäuser eine wirtschaftliche Sicherung eben gerade nicht so, wie sie sind oder sein wollen, sondern nur so, wie sie nach Ansicht der staatlichen Planungsbehörden sein sollen, erhalten.⁵⁷ Dass der Gesetzgeber einen solchen Widerspruch und eine solche Inkohärenz zulässt, verletzt eben diese – sowohl deutschland- als auch EU-rechtlichen – Grundsätze von höchstem Rang.⁵⁸

cc) Wirtschaftlichkeit vs. Versorgungsauftrag

Anhand des Gedankenspiels und den schon beschriebenen Problemkonstellationen als Folge wird deutlich, dass sich das Gesundheitssystem vom Transitivitätsaxiom⁵⁹ in der Gesundheitsversorgung immer mehr (zwangsläufig) distanzieren muss, um eine

⁵³ Dettling/Würtenberger in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 41.

⁵⁴ Dettling/Würtenberger in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 42.

⁵⁵ Dietz/Quaas/Stollmann in PdK Bu H-10, KHG, 59. Lfg. 2017, § 8 VII, Allgemeines.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 57, 70 (99, juris-Rn. 92); Dettling/Gerlach in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, Einleitung Rn. 49; Dettling/Würtenberger in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 41.

⁵⁷ Thomae, Krankenhausplanungsrecht, Köln 2006, S. 22.

⁵⁸ Vgl. BVerfG Urt. v. 07.05.1998 – 2 BvR 1991/95 u.a., BVerfGE 98, 106 (118f.); Beschl. v. 11.02.2003 – 1 BvR 1972/00, BVerfGE 107, 186 (197); Urt. v. 15.07.2003 – 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169 (181f.); EuGH Urt. v. 15.06.1993 – C-225/91, Matra/ Kommission, Slg. 1993, I-3203, Rn. 41f.; Urt. v. 10.03.2009 – C-169/07 – Hartlauer, Rn. 55; Urt. v. 19.05.2009 – C-171/07 und C-172/07, Saarländische Apothekerkammer, Rn. 42; Urt. v. 12.01.2010 – C-341/08, Petersen, Rn. 53, 62, 75 und 77.

⁵⁹ Dettling/Würtenberger in Dettling/Gerlach, Krankenhausfinanzierungsrecht 1. Aufl., Kommentar, § 1 Rn. 25ff.

angemessene flächendeckende Versorgung in ihren Grundzügen überhaupt gewährleisten zu können. Dabei ist aber immer zu berücksichtigen, dass Krankenhäuser den Unternehmensbegriff i.S.d. europäischen Beihilferechts erfüllen und somit alle Leistungen, die einen finanziellen Vorteil verschaffen können und (damit) geeignet sind, den (grenzüberschreitenden) Handel zu beeinträchtigen, unzulässig sind.⁶⁰ Geht man noch einen Schritt weiter und bezieht mit Art. 87 GG das unbeschriebene Tatbestandsmerkmal der Selektivität mit ein, wonach eine staatliche Maßnahme das Gleichgewicht zwischen begünstigtem Unternehmen und Marktkonkurrenten nicht negativ beeinflussen darf,⁶¹ dann ist ein vereinbarter Förderverzicht zwingend rechtswidrig. Vielmehr will sich – so scheint es – der Staat seiner Pflicht die Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu versorgen, die deshalb und nicht um ihrer selbst willen gesichert werden,⁶² durch Verlagerung der Verantwortlichkeit entziehen.

c) Ergebnis

Besonders der optimale Spagat zwischen der Rentabilität der Krankenhäuser und deren Bewerksstellung des medizinischen, ihnen von Staats wegen obliegenden Versorgungsauftrags verlangt von unserem Gesundheitssystem enorme Bürden auf sich zu nehmen. Und dabei darf nicht außer Acht gelassen werden – bei bisheriger vor allem kritischer Betrachtung der wirtschaftlichen Konsequenzen der Krankenhausförderung bzw. -Nichtförderung – dass sich letztlich (wohl) immer der einzelne Patient bzw. die einzelne Patientin als Leidtragender herauskristallisieren wird⁶³. Der Staat steht also ständig im Widerstreit zwischen diesen zwei Komponenten und muss diesen immer öfter zum Nachteil der Versorgung verlieren. Denn die Grenzen zwischen den tatsächlich privat finanzierten Krankenhäusern und solchen, die zusätzlich durch Förderverzicht aber grundsätzlich in den Krankenhausplan aufgenommen sind, können hinsichtlich der Wahrnehmung des Versorgungsauftrags nur gering sein. Während erstere weitgehend unabhängig ihre Versorgung bewerkstelligen können, sollten sich letztere zumindest annähernd an den aufgestellten Plan halten. Dass das in der Realität kaum überprüfbar ist und wohl auch eher nicht gängige Praxis, liegt nicht fern. So fällt es Kliniken immer leichter private Investoren zu finden – und somit an Geld zu kommen – als Krankenhäusern der öffentlichen Trägerschaft,

⁶⁰ Prütting in Huster/Kaltenborn: Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Krankenhausfinanzierung, Rn. 45.

⁶¹ Degener-Hencke in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 1. Aufl. 2010, § 5 Rn. 93 mwN.

⁶² Thomae, Krankenhausplanungsrecht, Köln 2006, S. 28.

⁶³ Vgl. hierzu (abgerufen am 17.01.2019): <https://www.daserste.de/information/wirtschaft-boerse/plusminus/videos/sendung-vom-28-03-2018-finanzinvestoren-video-100.html>.

von denen ohnehin viele rote Zahlen schreiben.⁶⁴ Es ist daher nur logische Konsequenz, dass die privaten Investoren immer mehr Krankenhäuser „aufkaufen“, sie ökonomisieren⁶⁵ und sich somit bewusst vom Versorgungsauftrag distanzieren. Es sollte also durch geeignete Maßnahmen ein Richtungswechsel erfolgen, der dem ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers des KHG Rechnung trägt – nämlich als obersten Grundsatz der Schutz der Gesundheit und diesem folgend erst hierfür nötige Mittel (u.a. finanzielle).

⁶⁴ Vgl. ebda.

⁶⁵ Vgl. (abgerufen am 17.01.2019)

<https://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/gesundheitsbranche-fonds-pruefen-kauf-des-klinikbetreibers-median/23235302.html?ticket=ST-182824-sxdYveaY4rVljGUbkkPw-ap6>.